

# 違法薬物であることの未必的認識

中  
田  
静

## 目 次

一 はじめに — 問題の所在 —

二 判例および学説

規制対象たる物質を誤認した場合 — 異なった構成要件間の錯誤 —

ヘロインを覚せい罪と誤認して輸入した場合

覚せい罪をコカインと誤認して所持した場合

規制対象たる物質の認識の程度

覚せい罪であることの認識

ヘロインであることの認識

三 まとめ

## — はじめに — 問題の所在 —

「薬物乱用」と言うと、覚せい罪、モルヒネ、コカイン、ヘロイン、大麻、あへん、LSD、シンナー等が思い浮かぶであろう。しかしながら、新聞やテレビで日常的に薬物犯罪として耳にしながらも、その形状や人体への影響については、一般人が正確に理解・認識しているとは言い難い。

日本においては、五つの法律によって薬物乱用は規制されている。

### 「麻薬および向精神薬取締法」

「別表第一の麻薬」として、モルヒネ、コカイン、ヘロイン、メサドン、ケトベミドン等七四種類の化合物、「麻薬、向精神薬および麻薬精神薬を原料を指定する政令の麻薬」として、サイロシン、MDMA、テトラヒドロカンナビノール、メスカリン、フェタニール、LSD等五九種類の化合物、「麻薬原料植物」として、コカノキ、ハカマオニゲシ、「別表第三の向精神薬」として、フェノバルビタール、ジアゼパム、メチルフェニデート等の十種類の化合物、「麻薬及び向精神薬を指定する政令の向精神薬」として、ペモリン、フェンテルミン、カチン等の化合物が、それぞれ対象となる。<sup>(1)</sup>

### 「あへん法」

けし、あへん、けしがらを対象。<sup>(2)</sup>

## 「覚せい剤取締法」

「覚せい剤」として、メタンフェタミンとアンフェタミン、「覚せい剤原料」として、エフェドリン、フェミル酢酸、デプレニール等九種類の化合物を対象。<sup>(3)</sup>

## 「大麻取締法」

大麻草および大麻草から作られる大麻樹脂等の製品を対象。<sup>(4)</sup>

## 「毒物及び劇物取締法」

酢酸エチル、トルエンまたはメチルアルコールを含有するシンナーおよび接着剤等を対象。<sup>(5)</sup>

ここで、大麻や大麻樹脂、シンナー等の有機溶剤は、その形状から違法である薬物そのものであることの認識は比較的容易であろう。

一方、覚せい剤やヘロイン、コカインのように氷砂糖のような結晶、あるいは、白い粉末状のものであれば、自己使用の目的ならば、その違法な薬物が何であるか認識できようが、密輸等の運搬を請け負った者には、それが何かしら輸入・所持の法規制の対象となっている違法有害な薬物であることは認識・予見していたとしても、具体的にそれが何という薬物であるかは確定的なものとして認識していない場合も多い。多額の報酬を得るために、それが何となくやばいものであると未必的に認識しつつ密輸・運搬を行った行為者が、違法な薬物であることを認識していたか否かという故意を認定する際の問題が生じるのである。

本稿では、麻薬であること、覚せい罪であることの認識が争われた主要な事例から最近の薬物をめぐる判例・学説に言及する。

## 二 判例および学説

### 規制対象たる物質を誤認した場合——異なった構成要件間の錯誤——

▼ 麻薬（ヘロイン）を覚せい罪と誤認して輸入した場合

\* 最高裁小一昭和五四年三月二七日決定（刑集三三卷二号一四〇頁、判例時報九二二号十三頁）

被告人は、営利の目的で覚せい罪を輸入しよう共謀し、タイ国内で購入した麻薬であるジアセチルモルヒネの塩類（いわゆるヘロイン）である粉末約九十グラムを覚せい罪と誤認して携帯し、飛行機で邦国内に持ち込み、もって麻薬を輸入した。

本事案につき、第一審および控訴審は、犯情の軽い覚せい罪を輸入する意思で麻薬取締法違反の罪を犯したとして、覚せい罪取締法違反（覚せい罪輸入罪）の罪で処断した。

これに対し、最高裁は、「麻薬と覚せい罪とは、ともにその濫用による保健衛生上の危害を防止する必要上、麻薬取締法及び覚せい罪取締法による取締の対象とされている……、これら取締は、実体法上は二つの取締法によって格別に行われているのであるが、両方はその取締の目的において同一であり、かつ、取締の方式が極めて近似していて、輸入、輸出、製造、譲渡、譲受、所持等同じ態様の行為を犯罪としている……、個人及び社会に対し重大な害悪をもたらすおそれのある薬物であって、外観上も類似したものが多くことなどにかんがみると、麻薬と覚せい罪の間には

実質的には同一の法律による規制に服しているとみうるような類似性があるというべきである。」として、麻薬と覚せい罪の類似性から、両罪の構成要件は実質的に全く重なり合っているものと見るのが相当であるとして、麻薬を覚せい罪と誤認した錯誤は、生じた結果である麻薬輸入罪についての故意を阻却するものではないとした。第一審および控訴審が、麻薬輸入罪の成立を認めたのに対し、最高裁は、覚せい罪輸入罪で処断したのである。

この最高裁の結論は、学説においても「麻薬ではない覚せい罪だと思っても、故意に麻薬を輸入した罪が成立する」、すなわち、「麻薬を輸入する罪の故意に麻薬であることの認識は不要である」という通説を導いた。

そして、前田教授が指摘されるように、「故意とは構成要件要素の認識である」という形式的な説明が見直され、故意を「不法・責任事実の認識」ないし「不法事実の認識」であるとする実質的に故意を理解する見解が有力化するに至った。<sup>(7)</sup>

▼ 覚せい罪を麻薬（コカイン）と誤認して所持した場合

\* 最高裁小一昭和六一年六月九日決定（刑集四十卷四号二六九頁判例時報一一九六号）

被告人は、覚せい罪であるフェニルメチルアミノプロパン塩酸塩を含有する粉末を麻薬であるコカインと誤認して所持した。

最高裁は、「麻薬取締法六六条一項、二八条一項の麻薬所持罪を犯す意思で、覚せい罪取締法四一条の二第一項、十四条一項の覚せい罪所持にあたる事実を実現したことになるが、両罪は、その目的が麻薬か覚せい罪かに差異があり、後者につき前者に比し重い刑が定められているだけで、その余の犯罪構成要件要素は同一であるところ、麻薬と覚せい罪との類似性にかんがみると、この場合、両罪の構成要件は軽い前者の罪の限度において、実質的に重なりあ

ているものと解するのが相当である。被告人には、所持にかかる薬物が覚せい罪であるという重い罪となるべき事実の認識がないから、覚せい罪所持罪の故意を欠くものとして同罪の成立は認められないが、両罪の構成要件が重なり合う限度で軽い麻薬所持罪の故意が成立するものと解すべきである。」として、刑法三八条二項により、軽い麻薬所持罪で処断した。<sup>(8)</sup>

本決定は、異なる法令に属し形式上構成要件が重ならない犯罪類型間の錯誤については、「構成要件が実質的に重なりあう限度で」軽い方の犯罪の故意が成立し、軽い客観的に生じた重い罪ではなく、軽い方の罪が成立するという<sup>(9)</sup>ことを再確認したものである。

規制対象たる物質の認識の程度 — 構成要件該当事実の認識 —

では、その物質が違法な規制薬物であるということを、行為者がどの程度まで認識していれば故意が成立するのであろうか。規制薬物であることの確定的認識を欠く場合の故意の成立に必要な認識の程度の問題が生じる。

▼ 覚せい罪であることの認識

\* 覚せい罪輸入罪及び所持罪における覚せい罪であることの認識の程度について

被告人は、カリフォルニア出身のミュージシャンで、台北市内のナイトクラブでドラマーをやっていたが、常連客から「ある物」を日本に運ぶように頼まれ、これを承諾し、覚せい罪結晶約三キロを隠匿し、成田空港を経由して覚せい罪を密輸入するとともに、うち一九九九・五グラムを都内のホテルの一室で所持した。

本事案につき、第一審の東京地裁昭和六三年一〇月四日判決は（判時一三〇九号）、「……依頼されて日本に運ぶ物品は、日本には輸入することのできないもので、密輸することのより莫大な利益の上げられるようなものであることの認識を十分に有していた……過去にコカイン等の薬物を使用した経験を有する被告人としては、その形状や感覚等から、少なくともそれが、日本に持ち込むことを禁止されている違法な薬物であるとの認識まで持っていたと認めざるを得ない。……覚せい罪取締項違反罪の故意の成立に欠けるところはないものというべきである。」として「意味の認識」の理論を用いて判断したと考えられる。

また、控訴審東京高裁平成元年七月三十一日判決は、（判タ七一六号二四八頁）「……対象物に対する認識は、その対象物が覚せい罪であることを確定的なものとして認識するまでの必要はなく、法規制の対象となっている違法有害な薬物として、覚せい罪を含む数種の薬物を認識予見したが、具体的には、その中のいずれの一種であるか不確定で、特定した薬物として認識することなく確定すべきその対象につき概括的認識予見を有するにとどまるものであっても足り、いわゆる概括的故意が成立する。したがって、行為者が、認識予見した数種の違法有害な薬物のうちの一種であるが、その中のいずれとも決し難い場合であっても、その概括的認識対象の中に覚せい罪が含まれている以上、これを認容した上、あえて対象物の輸入・所持の各行為に及んだときは、実際に輸入・所持された対象物の客観的な薬物の種類に従い、……覚せい罪であれば覚せい罪の輸入罪・所持罪が成立すると解するのが相当である。……概括的故意が成立するための対象物に対する認識予見は、単に抽象的になんらかの違法な薬物類を漠然と認識予見していたという程度では足りず、麻薬、覚せい罪、大麻等法規制の対象となっている具体的な違法有害な薬物の認識予見とその中に覚せい罪が含まれていることが必要である。言葉を言い換えていえば、確定すべき対象物に対して、具体的な違法有害な薬物を概括的に認識予見する際に、認識予見の対象から覚せい罪が除外されていないことが必要である。」

として不確定的故意・概括的故意の問題としてとらえている。

本事案の最高裁小二平成二年二月九日決定（裁判集刑事二五四・九九、判時一三四一号一五七頁）は、「……被告人は、本件物件を密輸入して所持した際、覚せい罪を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識があったというのであるから、覚せい罪かもしれないし、その他の身体に有害で違法な薬物かもしれないとの認識はあったことに帰することになる。そうすると、覚せい罪輸入罪・所持罪の故意に欠けることはない……。」

この事案についての評釈として、内田文昭教授は、「ヘルマンの概括的故意」（現行法が、諸種（ないし諸亜種）のかたち構成した犯罪が、区別されない「類」として行為者の意図のうちに存在するような場合、すなわち、故意が、この「類」に包括された種のいずれをも排他的に決定せず、そのいずれに対してもどうでもよいというかたちで振舞う場合、「種として」の認識がなくとも、覚せい罪を含む違法な薬物類であるとの「類として」の認識があれば足りるとする）を、東京高裁判決は「覚せい罪輸入・所持罪」の故意について肯定した。麻薬とか覚せい罪とか特定できないまでも、麻薬かもしれないし覚せい罪かもしれないという概括的認識予見がある以上、覚せい罪輸入・所持罪の「概括的故意」を肯定した。「ヘルマンの概括的故意」このようなかたち復権したとして、控訴審判決を評価されている。<sup>(10)</sup>

また、原田國男最高裁調査官は、覚せい罪という物を知らなくても、当該行為が違法であり、してはならない行為であるとの認識があれば、違法な行為に出てはいけないという判断が十分可能であるから、故意を認めてよいとする。<sup>(11)</sup>

井田教授は、覚せい罪を積極的に除外する事情がなく、行為者の認識からも覚せい罪が除外されていない場合で、しかも覚せい罪を含む違法薬物という類的認識としては確定的認識があると認定された以上、概括的故意（すなわち未必的故意の一種）を肯定した控訴審・最高裁決定は正当であると評価されている。<sup>(12)</sup>



なお、中森教授は、理論的には、構成要件該当事実の正確な認識は要求されないから、客体を法規に規定された物質名によっては認識しておらず、その属性だけを知っていた場合であっても故意を認めるのに障害はない。……しかし、刑に軽重がある場合などについて、属性の認識だけを根拠として故意を認めるには慎重でなければならず、「麻薬の一種」という認識であれば、一般麻薬に関する罪しか認め得ず、「薬理作用により心身を害する違法危険な薬物」の全てが法規制の対象とされているかは明かではないから、包括的な概念の認識によって覚せい罪の故意を認めてしまうには問題があると疑問を提示されている。<sup>(13)</sup>

▼ ヘロインであることの認識

営利の目的で麻薬であるヘロインを輸入した被告人には、密輸に係わる物が麻薬であるとの未必的な認識があったものの、さらに進んでヘロインであるとの確定的な認識があったとは認められないが、右認識には、ヘロインを除く趣旨であったとか、ヘロイン以外の麻薬に該当するとの認識であったというような事情はないから、ヘロインも麻薬の一種である以上、ヘロイン輸入の故意が認められるとされた事例。(麻薬及び向精神薬取締法違反、関税違反被告事件)<sup>(14)</sup>

千葉地裁平成八年九月一七日判決(判例時報一六〇二号一四七頁)

被告人は、営利の目的で、麻薬を輸入しようと企て、麻薬であるジアセチルモルヒネの塩酸塩(「ヘロイン」)約二キログラムを着用する腹巻き様の物のポケット内等に分散隠匿して携帯した上、降り立って本邦内に持ち込み、もって麻薬を輸入した。

被告人は、運搬を依頼した男から運搬する物は「ヤーノーン」(睡眠薬の意味)と聞いていたので、そのまま睡眠

薬である信じており、麻薬であるとの認識はなかったと主張した。

第一審千葉地裁判決は被告人が、

- (1) 本件を含み四回にわたって同一人物の依頼を受け同様の運搬を行っていたこと、
- (2) 各運搬の態様がいかにも発見をおそれて隠匿しているような不自然なものであること(靴の中や腹巻き様の物)、
- (3) その報酬が睡眠薬を運ぶにしては不釣り合いに高額であったこと(一五〇〇ドル、二〇〇〇ドル)、
- (4) 被告人は、運搬物が通常の睡眠薬の形状とは異なる白い粉末であることを認識していたこと、
- (5) 三度目に依頼を受けた時、不自然な運搬形態等から運ぶ目的物について不安を覚え、あるいは麻薬かもしれないとか何か違法な物かもしれないと思ったと供述している点から、

「被告人には、少なくとも、本件密輸に係わる物が麻薬であるとの未必的な認識があったと認められる。ただし、右認識にはさらに進んで本件密輸に係わる物がジアセルモルヒネ(以下「ヘロイン」)であるとの確定的な認識があったまでは認めることができない。しかし、右認識には、ヘロインを除く主旨であるとか、あるいはそれがヘロイン以外の麻薬に該当する認識であったというような事情はないから、ヘロインも麻薬の一種である以上、被告人にはヘロイン輸入の故意が認められると十分に十分である。」として、被告人を懲役十年および罰金三〇〇万円に処した。

控訴審判決の主旨は、「被告人は、ヘロインであるとの具体的認識まではなかったとしても、ことさらヘロインであれば運搬しなかったという意思ではなく、ヘロイン等を含む麻薬その他身体に有害な規制薬物であるとの概括的認識は十分に有していたものと認められるのであるから、本件ヘロインを輸入する故意があったといえることができる。」とする。

本千葉地裁判決の位置づけとして、ヘロインを輸入した場合において、当該薬物についてどのような認識があればヘロイン輸入罪の故意が認められるのかが問題となる。

違法薬物の認識についての学説は、

A説……(林幹人・中森) 故意があると言えるためには、意味の認識が必要であるが、故意の認識対象が構成要件に該当する客観的事実の認識である以上、個々の構成要件を特定し得るだけの事実認識が必要であり、意味の認識が構成要件該当事実の認識に基づいている場合には故意は認められるとする見解。

B説……(町野・秋葉) 故意の本質は、構成要件に該当する自然物・物理的事実の認識ではなく、意味の認識、すなわち、構成要件によって類型化された違法・責任内容の認識であり、覚せい罪や麻薬の認識としては、それらの薬物の基本的属性である、有害な依存性薬物であることとの認識があればよいとする見解。

C説……(前田・大谷) 故意に構成要件事実の認識が必要とされるのは、そのような事実を認識すれば、通常、その行為の違法性を意識するであろうと考えるからであって、一般人ならば当該犯罪類型の違法性を意識し得る程度の事実の認識が足りるとする三つの見解が見られる。

本千葉地裁判決については、麻薬一般の認識があれば、それが「ヘロインを除く趣旨」の認識でない限り、麻薬及び向精神約取締法六四条が定める加重類型であるヘロイン輸入罪の故意としても十分であるとした点で、従来の判例の態度から一歩踏み出すものと評価できるとする葛原教授や、認識には、ヘロインを除く主旨であるとか、あるいは

それがヘロイン以外の麻薬に該当する認識であったというような事情はないから、ヘロインも麻薬の一種である以上、被告人にはヘロイン輸入の故意が認められると十分に十分である。概括的故意の考えを取り入れて故意を認定したものである<sup>(15)</sup>とする川見裕之検事による一定の評価が見られる。

しかし、刑法三八条二項の観点から、一般類型の認識があれば加重類型の認識をもあるというのでは、実質的には加重類型の認識を不要とするに等しい。ヘロインも麻薬の一種には違いないが、麻薬一般の認識では、ヘロインの場合に特に重いと法がみなしている特殊な不法な内容が認識されているとは言えないとして問題があるとの葛原教授の見解もある<sup>(16)</sup>。

### 三 まとめ

千葉地裁判決は、違法薬物の認識の程度については、具体的な「種」の認識はなくとも、身体に有害な薬物であるという「類」の認識があれば、確定的認識はなくとも、未必的認識があれば故意が認められることを再度示したものである。何となくやばいものであるという認識・「故意の下限の認識」があれば、薬物事犯の違法性を意識しうる程度の事実の認識があったとして故意の成立を認める幅がひろくなったと言えるよう。

### 注

- (1) 牧野由紀子「薬物基礎知識 薬物乱用について」『季刊刑事弁護』第十二号（一九九七年）九四頁。前田雅英『刑法各論講義 第三版』三四二頁。一九五三年に改正施行された麻薬取締法が、平成二年に対象が拡大され麻薬および向精神薬取締法

に改められた。

(2) 牧野前掲。前田前掲。あへん煙やあへん末の原料段階の薬物、その原材料を規制する。

(3) 牧野前掲。前田前掲。

(4) 牧野前掲。前田前掲。

(5) 牧野前掲。

(6) 薬物事犯と故意の認定については、亀山継夫「薬物乱用取締上の諸問題」(一)、(二)、(三)、(四)、(五)、『警察学論集』三二巻二号一三五頁、三三巻三号一二二頁、三三巻十一号一〇一頁、三三巻一号一〇三頁)、葛原力三「ヘロイン輸入罪の故意と薬物の種類の認識」(判例セレクト一九九七年三四頁)、川見裕之「麻薬輸入罪における麻薬であることの認識の程度」(『研修』五九一号十一頁)、秋葉悦子「覚せい罪取締法違反の故意」(一)(二)、『警察研究』六一巻九号三六頁、六一巻十号三四頁)、井田良「覚醒罪輸入罪および所持罪における覚せい罪であることの認識の程度」(『判例時報』一三六七号二二三頁(判例評釈三八四号五一頁))、植村立郎「行政犯における故意の認定」(『判例タイムズ』七七二号四一頁)、内田文昭「覚せい罪輸入・所持罪と概括的故意」(『判例タイムズ』七二六号六四頁)、「もう一つの『概括的故意』について」(一)(二)、『警察研究』六十巻十二号三頁、六一巻一号三頁)、中谷雄二郎「薬物事犯における事実の認定」(『判例タイムズ』七二六号三三頁)、中森喜彦「麻薬・覚せい罪に関する認識・故意」(『判例タイムズ』七二二号七二頁)、原田國男「覚せい罪輸入罪および所持罪における覚せい罪であることの認識の程度」(『ジュリスト』九五八号八十頁)、前田雅英「薬物事犯と故意概念」(『研修』五〇七号三頁)「実務に錯誤なし」(『司法研修所論集』一九九六年一号四五頁)「故意と違法性の意識の可能性」(『研修』五一九号三頁)、町野朔「法定的符号について」(上)(下)、『警察研究』五四巻四号、五四巻五号)、「意味の認識について」(上)(下)、『警察研究』六一巻十一号三頁、六一巻一二号三頁)等。

- (7) 前田雅英『最新重要判例二五〇刑法』（第三版）（弘文堂）五三頁。
- (8) 第一審も、麻薬取締法（麻薬所持罪）の成立をまとめ処断しているが、没収については覚せい罪取締法四一条を適用した。これに対し、量刑不当と同じ事実につき所持については麻薬取締法が、没収については覚せい罪取締法が適用されたことを適条として誤りがあることを理由に、被告人から控訴がなされた。
- (9) この考えかたについては、最高裁昭和五四年三月二七日が明らかにしている。
- (10) 内田文昭「覚せい罪輸入・所持罪と概括的故意」『判例タイムズ』七二六号六四頁、「もう一つの『概括的故意』について（一）（二）」『警察研究』六十卷十二号三頁、六一卷一号三頁。
- (11) 原田國男「覚せい罪輸入罪および所持罪における覚せい罪であることの認識の程度」『ジュリスト』九五八号八十頁、
- (12) 井田良「覚醒罪輸入罪および所持罪における覚せい罪であることの認識の程度」『判例時報』一三六七号二一三頁（判例評釈三八四号五一頁）。
- (13) 中森喜彦「麻薬・覚せい罪に関する認識・故意」『判例タイムズ』七二二号七二頁。
- (14) 控訴審：東京高裁平成九年二月一七日（棄却）、上告審：最決平成九年六月二六日（棄却）
- (15) 葛原力三「ヘロイン輸入罪の故意と薬物の種類の認識」（判例セレクト九七・三四）川見裕之「麻薬輸入罪における麻薬であることの認識の程度」『研修』五九一号一二頁
- (16) 葛原前掲。

【関連条文】

薬物の輸入・輸出		所持
覚せい罪取締法 覚せい罪：一年以上の 有期懲役	十年以下の懲役	
麻薬及び向精神薬取締法 ヘロイン：一年以上の 有期懲役 ヘロイン以外の一般麻薬： 一年以上十年以下の懲役	十年以下の懲役 七年以下の懲役	
大麻取締法 大麻：七年以下の懲役	五年以下の懲役	